



Considerazioni sul principio di rigidità costituzionale della Lex Ecclesiae Fundamentalis

Gian Piero Milano

1. Il progetto di una *lex fundamentalis* da emanare per tutta la Chiesa, sin dal suo primo apparire, ha suscitato numerose critiche e perplessità legate a considerazioni sia di ordine teologico che giuridico.

Ben noti sono ormai, a distanza di anni, gli argomenti addotti per negare, talora la possibilità, talora l'utilità di adottare tale strumento in una struttura quale quella ecclesiale, così poco incline, per sua natura, ad una regolamentazione riduttiva e schematizzante quale quella imposta da una legge costituzionale.

I punti che però, tra le critiche come del resto tra i consensi, sono apparsi meno approfonditi o comunque non interamente valutati in tutte le conseguenze, riguardano gli aspetti tecnici del problema, che, in sostanza, sono quelli legati alla possibilità di adottare, nell'ordinamento canonico, l'apparato logico-concettuale proprio della "sintassi" giuridica costituzionale.

E' ben vero che tale ultimo aspetto riveste, quantomeno logicamente, un carattere di accessorietà o meglio di subordinazione, essendo anzitutto da risolvere in termini di "congruità" con il sostrato teologico che permea e caratterizza ogni struttura della Chiesa, il problema di una formalizzazione della multiforme realtà ecclesiale quale si avrebbe necessariamente in un testo costituzionale. Tuttavia, è accaduto che talora, proprio siffatta subordinazione abbia distolto l'attenzione della dottrina dall'altro problema segnalato, impedendo in tal modo di cogliere l'esatta portata della introduzione di una *lex fundamentalis*, e, quindi, di valutarne l'aderenza al dato precostituito del diritto divino.

Scopo di questa comunicazione è pertanto quello di esaminare, seppur sommariamente, le numerose conseguenze che, sul piano logico-teore-

tico, derivano da una legislazione costituzionale come portato necessario di essa, incentrando in particolare l'attenzione sul problema, fonte anch'esso di numerose dispute, della "rigidità costituzionale", problema che, oltre agli interessanti aspetti tecnici, appare suscettibile di importanti conseguenze pratiche, che giustificano l'esclusiva attenzione ad esso dedicata in queste brevi considerazioni.

2. Secondo alcuni autori¹, la *lex fundamentalis Ecclesiae*, promanando dal supremo legislatore umano, dovrebbe necessariamente comportare la istituzione di una gerarchia di norme, ciò che appare applicazione del principio —generalmente accolto nella giuspubblicistica moderna— della gerarchia di fonti come elemento di differenziazione della forza formale degli atti da esse derivanti, principio dalla cui trasposizione nell'ordinamento canonico deriva che le norme consacrate nella *lex fundamentalis* godrebbero, rispetto a tutte le altre, sia di una superiorità di rango traducendosi nella idoneità a derogare l'ordine preesistente e a non subire deroghe che non avvengano con particolari procedimenti, sia di un 'valore' di legge costituzionale inteso come idoneità a fungere da parametro alla cui stregua valutare la validità di tutti gli atti legislativi ordinari.

Tale assetto, che appunto si identifica, secondo la tecnica costituzionale, nella 'rigidità' della costituzione, per quanto riguarda il momento abrogativo delle norme costituzionali, viene in concreto attuato attraverso vari e differenti accorgimenti, quali la istituzione di organi speciali diversi da quello legislativo ordinario, competenti, essi soli, a dettare le modificazioni alle norme della costituzione; ovvero, nel caso si tratti dello stesso organo legislativo ordinario, con il ricorso a procedure aggravate, oppure infine con il ricorso alla volontà generale degli appartenenti alla comunità².

Strumenti tutti, la cui adozione dipende in concreto dall'assetto che ogni ordinamento rivesta e che quindi ad esso siano più consentanei, ciò che comporta la possibilità di riscontrare nella pratica differenti accentuazioni del principio di rigidità, a seconda appunto delle procedure

1. Cfr., per tutti, J. HERVADA, *Legislación fundamental y leyes ordinarias (notas en torno al tema)*, relazione alla V tavola rotonda di questo congresso, p. 7 dell'estratto.

2. Per un ampio esame comparativistico delle concrete attuazioni del principio di rigidità nei vari ordinamenti, cfr. P. A. BONNET, *Rigidità costituzionale per la Lex Ecclesiae Fundamental?*, comunicazione presentata alla V tavola rotonda di questo congresso.

più o meno articolate ed aggravate richieste per la revisione delle norme costituzionali. Per contro, può affermarsi che la finalità cui tali concreti meccanismi soddisfano, si identifica generalmente nel voler sottrarre alla revisione, e per ciò stesso rendere più vincolanti e stabili nel tempo, i principi contenuti nel testo costituzionale.

Va comunque parimenti osservato che il principio di rigidità, *ex se*, non opera mai in senso assoluto, essendo dato di riscontrare, anche nelle costituzioni le più rigide, la possibilità che avvengano mutamenti di fatto delle strutture costituite che si attuano attraverso procedure e fatti diversi da quelli prescritti, e che, a ben guardare, son tanto più ricorrenti quanto più rigido appare l'assetto costituzionale. Fenomeno questo soltanto in apparenza contraddittorio, e che fonda, da un lato, sulla inidoneità dei principi costituzionali a ricomprendere in sè ed esaurire la multiforme realtà in cui sempre dinamicamente si concreta l'ordinamento; dall'altro, nella constatazione che dietro ogni rigidità costituzionale si malcela un distacco tra la realtà quale dovrebbe essere, o quale si vuole sia da parte del gruppo dominante o dell'autorità costituente, e quale è dato riscontrare in concreto.

A tal proposito, è stato autorevolmente osservato che: "proprio là dove più gravi si presentano i pericoli per la stabilità dell'assetto cui si dà vita, più accentuata si manifesta la tendenza a irrigidire la funzionalità del sistema, moltiplicando le garanzie ed ampliando la serie di proclamazioni di principio, con il risultato di aggravare il distacco fra i precetti costituzionali e la prassi"³.

Il che equivale a dire che il garantismo proprio di una costituzione rigida, in realtà rischia di operare, per lo meno tendenzialmente, tutelando sì la posizione ed i diritti dei singoli di fronte all'autorità, ma più spesso e più incisivamente la posizione dell'autorità di fronte ai singoli. Ciò proprio in virtù di quella cristallizzazione che attua delle forme del potere e dell'assetto in cui si enuclea l'ordinamento, inteso, per adottare un termine assai diffuso nella giuspubblicistica moderna, come stato apparato; cristallizzazione che si riverbera anche sul sostrato sociale dell'ordinamento, nel senso di frenarne le spinte ed i fermenti vivificatori che di esso sono frequenti caratteristiche.

Si tratta comunque, per quanto riguarda queste ultime notazioni, di insidie non certo connaturate al sistema della rigidità, quanto piuttosto

3. Cfr. C. MORTATI, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, «Enciclopedia del Diritto», XI (Milano 1962), p. 168.

sto conseguenze di una determinata utilizzazione di esso, utilizzazione che si vedrà più oltre in quali termini e con quali risultati possa essere effettuata nell'ordinamento canonico, le cui peculiari caratteristiche sembrano ostare al raggiungimento di quelle finalità cui, negli ordinamenti statuali, tendono le costituzioni rigide.

3. Anzitutto, nell'ordinamento canonico, il principio —fondato sul diritto divino— della pienezza ed assolutezza dei poteri nell'autorità suprema, si traduce nell'esclusiva attribuzione ad essa della competenza a dichiarare, in un testo fondamentale, accanto ai principi di diritto divino che sono alla base della *societas ecclesiale* e che potremmo dire formano la costituzione materiale, le norme organizzative dell'autorità, con particolare accentuazione degli aspetti legati all'esercizio del potere soprattutto nei rapporti con le autonomie locali, e i diritti spettanti ai fedeli.

A prescindere comunque dal concreto contenuto dei vari principi, può affermarsi, sotto il profilo formale, che l'atto della suprema autorità si risolve essenzialmente in un atto dichiarativo-organizzativo, che, provenendo dalla fonte suprema, dovrebbe conferire alle norme una superiorità rispetto a tutte le altre leggi, in applicazione del cosiddetto principio gradualistico delle fonti —che si è già richiamato e sul quale la dogmatica giuspubblicistica sembra generalmente concordare⁴— per cui la gerarchia delle norme e, quindi, sotto il profilo della 'robustezza', la diversa resistenza che presentano all'abrogazione, è in funzione della diversa forza o efficacia delle fonti da cui promanano.

Su ciò non si può non convenire. Il problema però nell'ordinamento canonico, e segnatamente per quanto riguarda una legge fondamentale, sembra porsi su basi differenti.

Ivi infatti la potestà suprema è titolare all'un tempo del potere legislativo ordinario e di quella che, per facilità di espressione anche se impropriamente, possiamo definire funzione costituente.

Si ha in altri termini una identità di fonti per atti che si vuole assumano differente valore gerarchico; il che ovviamente non può attuarsi se non con l'adozione di una forma particolare per la emanazione dello atto superiore (norma costituzionale) e predisponendo (ed entra qui in gioco il principio di rigidità) determinate procedure aggravate, in presenza

4. Anche se, in recenti e consapevoli dottrine sembra sostituirsi o quanto meno aggiungersi a tale criterio il principio della competenza come elemento di differenziazione della forza formale; cfr. in proposito V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale* (Padova 1968), p. 336 s.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II (Milano 1970), p. 21.

delle quali soltanto sia possibile addivenire ad una abrogazione delle norme costituzionali; procedure che conferiscano maggiore robustezza e pertanto stabilità a tali norme.

Ma qui si rivela apertamente il carattere puramente formalistico e niente affatto garantista di tale assetto, tanto da svuotare di ogni funzione il principio —gravido di importanti conseguenze— della rigidità costituzionale.

Il grosso equivoco di fondo, si manifesta infatti nel pensare che un tale accorgimento tecnico, che risponde a funzioni ben precise —e vedremo quali— negli ordinamenti statuali, possa essere tout-court recepito ed operare sulle stesse basi nell'ordinamento canonico.

Mentre infatti negli ordinamenti statuali, dietro l'aspetto puramente formalistico e tecnico la rigidità costituzionale assume a propria giustificazione la necessità di ottenere, attraverso i procedimenti di revisione aggravati in cui si traduce, un più ampio consenso o comunque controllo sulle disposizioni da abrogare, in ciò conferendo da un lato la stabilità dei principi costituzionali e dall'altro manifestando quella funzione 'garantista' tipica delle costituzioni rigide, nell'ordinamento canonico invece, per quella 'medesimezza' di fonte ordinaria e fonte costituzionale di cui abbiamo parlato a proposito della suprema autorità, la rigidità opererebbe soltanto nel senso di imporre l'obbligo di dichiarare espressamente la volontà abrogativa, ovvero di adottare il provvedimento abrogativo nella particolare forma prescritta.

In altri termini, sarebbe un onere che la suprema autorità —con atto che, come é stato da taluno affermato non é di autolimitazione, bensì, più correttamente, di autoregolamentazione⁵— si assume nel rivestire di una forma piuttosto che di un'altra la propria volontà di derogare alle norme costituzionali.

Certo, con ciò potrebbe aversi un più ordinato esercizio di attività normativa della suprema autorità, così come affermano i sostenitori del principio di rigidità⁶. Ma non si risolvono di certo le finalità di garantire in concreto una stabilità di principi o di assetti costituiti, o per lo meno, non le si risolvono in maniera più adeguata di quanto non sia possibile fare assumendo il principio della flessibilità costituzionale.

Nel rifiuto di una costituzione rigida non vi é dunque, contraria-

5. In tal senso, se ben ne comprendo il pensiero, HERVADA, *Legislación fundamental*, art. cit., p. 15 dell'estratto.

6. Cfr. sul punto P. LOMBARDÍA, *Panorámica del proyecto*, «El proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia» (Pamplona 1971), p. 96 e passim.

mente a quanto affermato da taluno⁷, alcun timore che con essa si possa attentare alla pienezza della potestà suprema, vincolando a requisiti formali e procedurali l'esercizio dei poteri ad essa spettanti; piuttosto, questo sì, sembra preferibile evitare quelle strutture giuridiche che, risolvendosi in meri artifici tecnici, senza alcuna rilevante incidenza nella realtà, se non in senso negativo, compromettono la vitalità e la tendenza al rinnovamento della società ecclesiale.

E quanto scarsi, anzi, anch'essi privi di concreto contenuto possano essere gli interventi in sede di controllo di legittimità costituzionale degli atti di legislazione ordinaria (attività anch'essa estremamente rilevante negli ordinamenti statuali in cui si abbia un principio di rigidità costituzionale), sarà dato modo di constatare più oltre. Per ora, alla luce di quanto detto, si può affermare che non si vede come possa parlarsi di una funzione garantista attuata da un principio di rigidità che operi in siffatta guisa.

Più semplice e consentaneo alla struttura dell'ordinamento canonico, sarebbe quindi adottare una costituzione flessibile, aperta cioè alla modificabilità per legge ordinaria, che priverebbe di sovrastrutture meramente formalistiche l'ordinamento canonico, evitando anche quell'eccesso di giuridismo che lo stesso Concilio Vaticano II ha mostrato di voler disattendere⁸. Eccesso di giuridismo che emerge proprio là dove si vuole introdurre un principio di rigidità che, se da un lato, per taluni principi, tutela in misura molto affievolita di fronte all'autorità, dall'altro, per altri principi, viene a sovrapporsi inutilmente ad una irreformabilità che affonda nel diritto divino e che è pertanto da considerarsi assoluta.

7. Cfr. J. HERVADA, secondo cui «se considera un atentado a la suprema, plena, inmediata y universal potestad de su Vicario... que éste siga unos requisitos formales y de procedimiento para sus actos, estos requisitos formales que la cultura jurídica ha producido y sin los cuales se origina inevitablemente el desorden, cuando no la injusticia» (*El Romano Pontífice*, «El Proyecto...», cit. p. 174).

8. Con ciò non si vuole certo cedere alla tendenza ad un anti-giuridismo di maniera, ritenendo anzi necessario per il giurista un approccio tecnico ai problemi dell'ordinamento canonico; si veda in proposito quanto affermato del GISMONTI, che sostiene «l'impossibilità di studiare il fenomeno giuridico senza tener presenti le ragioni sostanziali che lo hanno determinato, e, per quanto riguarda l'ordinamento della Chiesa (che), si deve costantemente ricordare come il suo diritto umano è condizionato a principi di diritto divino naturale e positivo. Ma ciò non esclude che le norme emanate dalla Chiesa non debbano essere studiate con il metodo proprio degli ordinamenti giuridici, dato che anche il diritto canonico distingue i principi giuridici dai principi morali ed avverte la necessità della certezza», *Il diritto della Chiesa dopo il Concilio* (Milano 1973), pp. 36-37. E ciò sembra legittimare l'impostazione metodologica assunta, pur nella pochezza di queste pagine, sul problema della *lex fundamentalis*, di cui si sono voluti approfondire in tutte le conseguenze gli aspetti tecnici, per poi confrontare i risultati con quelle che sono le caratteristiche peculiari e condizionanti del dato preconstituito del diritto divino.

A tale ultimo riguardo va rilevato che, come negli ordinamenti statuali è dato riscontrare dei principi di per se stessi sottratti ad ogni modificabilità, fungendo da criteri di identità dell'ordinamento stesso oltre i quali detto ordinamento non é pensabile, così analoghi principi operano nell'ordinamento canonico, ma con maggiore incisività, non essendo qui possibile ipotizzare, come invece per gli ordinamenti statuali, nuovi rapporti tra le forze che hanno dato vita all'assetto ordinamentale, nuovi assetti nelle strutture fondamentali che possano mutare la fisionomia dell'ordinamento senza che questo perda la propria identità o, sotto il profilo logico-formale, la propria continuità.

E tali principi rimangono nella loro assoluta inderogabilità ed irreforabilità tanto in presenza di costituzione rigida che flessibile. Argomento questo che sgombra il campo da altre considerazioni che, partendo dall'affermazione della impossibilità da parte della suprema autorità di violare i diritti fondamentali dei fedeli, sostengono che il principio della potestà suprema incontra, di fatto, dei limiti alla propria pienezza e concludono avvalorando la possibilità di introdurre altri limiti, magari con una legge fondamentale⁹.

Su ciò non vi é dubbio alcuno. Ma non legittima ad affermare la necessità, o meglio la preferibilità di una costituzione rigida per tutelare contro eventuali abusi dell'autorità. Può rilevarsi infatti che la vincolatività dei diritti fondamentali é tale in quanto fonda sul diritto divino, diritto che, in base a quanto si é detto, opera anche in presenza di una costituzione flessibile quale limite assoluto all'esercizio della potestà.

Ancora una volta quindi, l'irrigidire la costituzione si tradurrebbe in un mero espediente formale.

Altre, seppure di minore momento, potrebbero essere le considerazioni da farsi sull'inopportunità di una tale opzione. Ed una ulteriore riprova di ciò si ha nel caso, ipotizzato dagli autori che sostengono la rigidità costituzionale¹⁰, del sindacato di legittimità degli atti di legislazione ordinaria, esperibile nel senso di valutare la congruenza della legislazione ordinaria con i principi fissati nella carta fondamentale, e sul quale sembra opportuno soffermare l'attenzione essendo anche esso di estrema rilevanza e novità per l'ordinamento canonico.

9. Cfr. HERVADA, *El Romano Pontífice*, art. cit., p. 168, che, tra i limiti posti dal Concilio individua i seguenti: i diritti fondamentali dei fedeli; la collegialità episcopale; il principio di partecipazione.

10. Cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El derecho del Pueblo de Dios*, I (Pamplona 1970), p. 241.

4. Dunque, da parte dei citati autori, si manifesta l'esigenza, ritenuta essenziale in un sistema a costituzione rigida¹¹, di prevedere un sindacato di costituzionalità delle leggi affidato alla competenza di un organo che valuti la conformità delle norme di legge ordinaria ai principi fissati nella carta fondamentale¹². Ora, per quanto riguarda siffatta funzione, si può affermare che i sistemi in cui può concretizzarsi sono individuati dalla dottrina nelle due fondamentali tipologie del cosiddetto 'sindacato diffuso' e del 'sindacato accentrato', nel cui ambito possono poi aversi svariati sottotipi. Il primo, riscontrabile in quegli ordinamenti in cui ad ogni giudice sia affidato il potere, nel momento di applicare la norma al caso concreto, di sindacarne la legittimità ed, eventualmente, disattenderla; ciò naturalmente nello esclusivo ambito del processo di cui trattisi, non essendo la eventuale pronunzia di incostituzionalità in alcun modo vincolante in altri giudizi. Esempio di siffatto tipo, può rinvenirsi nell'attuale ordinamento statunitense, anche se ivi il principio dell'assoluta libertà del giudice nella interpretazione ed applicazione della norma costituzionale è temperato dal rispetto dello 'stare decisis', per cui l'interpretazione della Corte Suprema vincola gli organi giudiziari inferiori. Ciò peraltro non toglie che, proprio per la 'istantaneità' del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, possano aversi dei mutamenti di giurisprudenza, per cui, una norma disapplicata in un dato momento in quanto ritenuta illegittima, possa successivamente essere applicata per un intervenuto diverso orientamento giurisprudenziale¹³.

Il secondo tipo ricordato, è quello del c.d. 'sindacato accentrato', caratterizzato dall'affidamento ad un organo specifico della funzione di

11. Affermazione questa che, come è stato autorevolmente affermato, è solo «approssimativamente esatta», essendo dato di riscontrare degli ordinamenti a costituzione rigida (ad es., la Francia della III Repubblica del 1875) in cui nessun sindacato di costituzionalità è esperibile, dacchè è lasciata all'organo legislativo ordinario la decisione di rispettare o meno, conformandovisi, il principio della superiorità — e quindi inderogabilità per legge ordinaria — delle norme costituzionali; cfr. V. CRISAFULLI, *Appunti di diritto costituzionale, La Corte Costituzionale* (Roma 1968), p. 35. Cfr. anche F. MODUGNO, *L'invalidità*, op. cit., I, p. 62, il quale afferma che, il fatto che una costituzione sia rigida, cioè differenziata dalle altre leggi quanto al procedimento della sua trasformazione, non importa di per sé né una sua maggiore forza né una più estesa efficacia, né, tanto meno, la possibilità che essa funga da parametro di validità delle altre leggi. Sulla base di tali considerazioni, l'A. giunge alla conclusione che «la rigidità o la flessibilità della Costituzione... non possono essere criteri sicuri, ma solo tendenziali, validi sul piano della mera probabilità, per ammettere od escludere il sindacato di legittimità delle leggi» (pp. 65-66).

12. Cfr. in proposito, LOMBARDIA, *Panorámica*, art. cit., pp. 93 s.

13. Cfr. ampiamente sul punto, CRISAFULLI, *Appunti*, op. cit., pp. 39 s.

controllare la legittimità costituzionale delle leggi ordinarie; funzione esperibile tanto previamente¹⁴ quanto successivamente alla emanazione della legge¹⁵.

Senza comunque scendere in ulteriori particolari, sembra opportuno analizzare quale, dei sistemi testè ricordati, possa adattarsi all'ordinamento canonico, passando poi ad approfondire, identificazione uno, l'interezza delle conseguenze.

Ad un approccio anche approssimativo, sembra da escludersi la possibilità di introdurre nell'ordinamento canonico il sindacato diffuso, non essendo possibile affidare ad un organo giudiziale monocratico —ad esempio il vescovo— il potere di disapplicare, giudicandola incostituzionale, una legge ordinaria della suprema autorità; e ciò proprio per quel principio caratteristico dell'ordinamento canonico della sussunzione di tutti i poteri nella suprema autorità, onde anche la funzione giurisdizionale appare esercitata diremmo quasi per delega alle autorità inferiori, come dimostrano del resto numerosi principi quali quello —non direttamente pertinente al problema in esame, ma tuttavia pur sempre significativo— per cui 'Prima Sedes a nemine iudicatur' del can. 1556, principio puntualmente ripreso nel can. 79 par. 2 dello *Schema legis Ecclesiae fundamentalis, textus emendatus*; oppure ancora, più incisivamente, quello di cui al can. 244 par. I —questo sì ben più pertinente al nostro discorso— in base al quale 'Nihil grave aut extraordinarium in iisdem Congregationibus, Tribunalibus, aut Officiis agatur nisi a Moderatoribus eorundem Romano Pontifici fuerit antea significatum'; oppure ancora il combinato disposto dei can. 1569 e 1597, dai quali appunto è dato evincere la supremazia nella funzione giurisdizionale del pontefice, che si traduce nella pratica impossibilità di demandare al giudice ordinario lo esercizio di un controllo sull'attività normativa della suprema autorità.

Per quanto invece riguarda il sindacato accentrato, affidato cioè ad un organo appositamente istituito, a parte il problema della caratterizza-

14. Come accade nella Costituzione della V Repubblica francese (approvata il 4 ottobre 1958) che prevede la istituzione del Consiglio Costituzionale; in proposito, l'art. 61 afferma «Le leggi organiche, prima della loro promulgazione, e i regolamenti delle assemblee parlamentari, prima della loro entrata in vigore, sono sottoposti al Consiglio Costituzionale che delibera sulla loro conformità alla costituzione», mentre l'art. 62 stabilisce che «Una disposizione dichiarata incostituzionale non può essere promulgata né applicata. Contro le decisioni del Consiglio Costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione. Esse sono obbligatorie per i pubblici poteri e per tutte le autorità amministrative e giurisdizionali».

15. Cfr. gli art. 134 e 138 Costituzione della Rep. italiana.

zione di tale organo —che si pensa dovrebbe comunque prevedere un'ampia partecipazione episcopale (il Sinodo dei Vescovi?), in attuazione, seppure attenuata, del principio di collegialità, a meno di voler affidare l'importante funzione del controllo di legittimità costituzionale ad un organo a composizione mista (cui potrebbe mancare però la necessaria 'omogeneità' ed autorevolezza) ovvero ad un coetus di cardinali di curia (con la difficoltà tuttavia che si tratta di persone che solitamente concorrono, seppur a livello non istituzionalizzato, alla funzione legislativa, onde potrebbero mancare della necessaria "imparzialità")—, sussistono numerose difficoltà, alcune già espresse a proposito del sindacato diffuso, altre emergenti, come si avrà modo di vedere, sotto il profilo funzionale.

Nessun dubbio che, formalmente, gli effetti di una pronuncia di incostituzionalità di una norma ordinaria possano essere identici per gli ordinamenti statuali e quello canonico, nel senso cioè di provocare la caducazione dei principi in contrasto con il dettato costituzionale, a meno di voler configurare la pronuncia dell'organo come una forma di 'remonstratio', per cui, come afferma l'Hervada, "una vez constatada —por los Tribunales ordinarios o por un Tribunal ad hoc— la incongruencia o la contrariedad de la ley ordinaria con la Ley Fundamental y, por tanto, constatada su nulidad total o parcial por defecto de forma... se devolvería la causa al Romano Pontífice para que éste decidiese reformar la ley ordinaria, reformar la Ley Fundamental mediante las solemnidades prescritas o, incluso, casar la sentencia del Tribunal como juez supremo"¹⁶; ipotesi questa che fa sorgere notevoli perplessità sulla possibilità di qualificare come giurisdizionale l'attività dell'organo di controllo, sembrando maggiormente assimilabile all'attività consultiva, il che, come vedremo più oltre, può attuarsi con maggiore coerenza nell'ambito di un sindacato previo alla emanazione della legge.

Ancora nessun dubbio che, in entrambi gli ordinamenti, la legge il cui contenuto sia in contrasto con la costituzione, cesserebbe di essere incostituzionale se fosse approvata nelle forme prescritte per le leggi costituzionali ovvero nella forma abrogativa espressa.

Senonché, e qui sta la profonda differenza, mentre negli ordinamenti statuali le procedure di revisione della costituzione come si é già osservato, sono rese estremamente difficoltose, consistendo in particolari procedimenti o richiedendo addirittura il concorso di ampie maggioranze, nell'ordinamento canonico, l'unico vincolo introducibile con la rigidità costi-

16. Cfr. HERVADA, *El Romano Pontífice*, art. cit., p. 179.

tuzionale consisterebbe nella necessità di adottare, da parte del legislatore ordinario, la speciale forma espressamente prescritta.

Il che si ridurrebbe ad un mero espediente tecnico, che ben poco garantirebbe la stabilità dell'assetto dell'ordinamento e dei principi costituzionali.

Ciò che in proposito va rilevato é che, allorché si voglia, se pur sommariamente indagare sul potere o funzione costituente, non può non riconoscersi la straordinarietà di esso, per cui l'organo che ne é investito, solitamente esaurisce la propria funzione e spesso la propria esistenza con la emanazione della costituzione, essendo demandato poi ad altri organi 'costituiti', il portare a compimento, nella diversità delle rispettive competenze, l'assetto costituzionale.

Nell'ordinamento canonico, invece, tale funzione non risulta affatto straordinaria, essendo esercitata dallo stesso organo legislativo ordinario, purché nel rispetto delle particolari solennità di forma prescritte. Quindi, data la 'medesimezza' dell'organo, può giustamente pensarsi che questo, nell'emanare una legge ordinaria restrittiva o estensiva del precetto costituzionale, ne attui una 'interpretazione autentica', di per sé sottratta alla sindacabilità da parte di qualsivoglia organo. Per quanto riguarda invece le leggi ordinarie che contraddicano la costituzione, può ritenersi che esse promanino dall'attività costituente, certamente non preclusa alla suprema autorità (se non nei limiti inderogabili del diritto divino), onde il difetto di esse può eccepirsi soltanto sotto il profilo formale. E quest'ultima ipotesi sembra dimostrare l'evanescenza dell'obbligo alla forma speciale prevista per le leggi di revisione della costituzione.

A parte comunque tali considerazioni, altre, non meno gravi perplessità sorgono dall'analisi dell'attività di un organo di giurisdizione costituzionale, che, nell'esperire la propria funzione operando sul tessuto normativo subcostituzionale, nel senso di valutarne l'aderenza alla ipotesi normativa presupposta (quella costituzionale) non può limitarsi ad un'attività meramente caducatoria ed essenzialmente negativa nei confronti dell'ordinamento, sibbene viene necessariamente a partecipare alla concreta determinazione della norma costituzionale con un'attività che non é soltanto semantica, ma più spesso e soprattutto ricostruttiva (estensivamente o restrittivamente) di certi valori espressi o anche solo impliciti nella norma costituzionale che si porta a concretamento.

Senza giungere a considerare —come pure é stato fatto— il giudice costituzionale come 'legislatore negativo', certo é che la sua interpretazione, da un lato dei principi costituzionali, dall'altro e contestualmente delle

norme ordinarie, non si limita —né può limitarsi— a ricercare di volta in volta un contrasto tra norma e norma, tra principio e principio sulla base di un mero raffronto di contraddizione, di un semplice sillogismo, richiedendo invece indagini ben più penetranti, talora il ricorso a canoni di valutazione metagiuridici, l'approfondimento dello spirito della norma ecc. E ciò, tanto più in presenza di norme costituzionali che contengano, come si vuole da alcuni sostenitori della rigidità costituzionale¹⁷, principi generali ed astratti, tali da non scendere ad una particolare elaborazione delle strutture ordinamentali; norme che appunto richiedono un ampio margine di elaborazione ed applicazione da parte del giudice costituzionale, proprio per l'implicità 'fluidità' che ne consente non solo differenti valutazioni ma certo anche differenti gradi di attuazione.

Si ponga mente in proposito, seppur a mero titolo di esempio, a quanto accade nell'ordinamento italiano nel caso delle c.d. 'sentenze di accoglimento parziale' o delle 'sentenze sostitutive'¹⁸, che consentono all'organo di giurisdizione costituzionale un'ampia operatività sul tessuto normativo, consistente, di volta in volta, nell'estrarre dalle varie possibili interpretazioni di una norma di legge ordinaria quella giudicata conforme a costituzione, ovvero nell'introdurre nel testo normativo quelle modifiche che ne salvaguardino la legittimità costituzionale, ovvero nel sopprimere alcune parti che risultino incostituzionali; esempi tutti in cui si attua una sostituzione, alla norma o all'interpretazione che ne ha dato il legislatore ordinario, dell'interpretazione attuata dall'organo di giurisdizione costituzionale. Si pensi anche a tutti i casi in cui l'interpretazione di tale organo viene a chiamare il legislatore ad un'attività, conforme, di 'completamento' della norma.

E' ovvio che tali possibilità sarebbero precluse nell'ordinamento canonico; ma non vale in contrario obiettare che l'assetto costituzionale italiano, di cui si sono rilevate alcune peculiarità, non può essere preso a parametro dell'attività di un qualunque organo di giurisdizione costituzionale. Infatti, pur nella varietà delle possibili attuazioni di tale giurisdizione, sembra immanente nella stessa funzione e nella stessa logica di tale giudizio un'attività ampiamente valutativa della legislazione ordinaria e, contestualmente, dei principi costituzionali, tanto é vero che non a caso si accentua spesso il carattere di 'politicalità' della funzione, rilevandosi anzi

17. Cfr. P. LOMBARDÍA - J. HERVADA - J. A. SOUTO, *Sugerencias para la revisión del proyecto*, «El proyecto...», cit., n. 6.

18. Per un'ampia trattazione e disamina dei vari 'tipi' di sentenze della Corte Costituzionale, cfr. CRISAFULLI, *Appunti*, op. cit., pp. 144 s.

che da taluno si giunge a negare l'assimilabilità di essa all'attività giurisdizionale.

Per concludere sull'ipotesi del sindacato accentrato, delle due l'una: o si concede all'organo di giurisdizione costituzionale un'ampia possibilità interpretativa nel senso sopra descritto, tale cioè da permettere la piena attuazione del precetto costituzionale in tutte le sue implicanze —il che, secondo quanto emerso dalla precedente trattazione, appare difficilmente pensabile in una struttura ordinamentale quale quella canonica— oppure si contengono i poteri di tale organo in un ambito più ristretto, di acritica esegesi della normativa costituzionale limitatamente alle implicanze logiche e non anche, come invece sembra necessario, a quelle ideologiche, senza tuttavia che ciò possa concretizzarsi, come auspicano i sostenitori della rigidità costituzionale in effettiva garanzia di stabilità del testo costituzionale, essendo sempre possibile alla suprema autorità di riproporre i principi dichiarati incostituzionali nella forma prescritta per la revisione costituzionale.

Dunque, considerazioni di carattere tecnico (legate sia all'impossibilità di introdurre nell'ordinamento canonico una giurisdizione costituzionale esercitata con quell'ampiezza di prerogative con cui si caratterizza negli ordinamenti statuali, sia alla inutilità di un sindacato che operi in senso puramente 'simbolico' ed acritico) e di carattere pratico (derivanti dalla non assogettabilità della suprema autorità a vincoli che rendano effettivamente difficoltosa la revisione costituzionale, con conseguente superfluità di una pronuncia di illegittimità costituzionale) inducono ad escludere l'attuabilità di un sindacato accentrato successivo alla emanazione della legge.

Non resta pertanto che esaminare l'altra ipotesi identificata, del cosiddetto 'sindacato accentrato previo', esercitato cioè prima della promulgazione della legge ordinaria.

Indubbiamente, sembra da escludersi, per le osservazioni già svolte a proposito del sindacato successivo, un'attività nel senso strettamente giurisdizionale, mentre più attuabile appare un'attività prettamente consultiva, che permetta cioè all'organo investito di tale funzione di esprimere pareri, ovviamente non giuridicamente vincolanti, sulla conformità a costituzione delle norme di legge ordinaria.

E, questa volta con maggiore decisione, potrebbe pensarsi di affidare tale funzione al Sinodo dei Vescovi riunito in ceto straordinario¹⁹, organo

19. Che, secondo l'«Ordo Synodi Episcoporum» del 24 giugno 1969, art. 4, n. 3, è convocabile «si maioris momenti negotia respiciant Ecclesiae bonum, quod ad unam

che, esprimendo seppur a livello meramente consultivo una forma di partecipazione dell'episcopato all'esercizio della potestà primaziale del pontefice, potrebbe esperire un'attività, non più di controllo —che abbiamo dimostrato irrealizzabile— ma di collaborazione allo esercizio dell'attività legislativa, in ciò realizzando una funzione garantista e dell'ordinato esercizio della potestà legislativa e della stabilità dell'assetto costituito, nonché dei diritti dei fedeli.

Ma non é chi non veda come in tale ipotesi si versi già al di fuori della problematica relativa alla rigidità costituzionale, essendo la suddetta funzione esperibile, e con maggiore coerenza, anche in una costituzione flessibile, che permetta cioè la modificazione per legge ordinaria delle norme costituzionali.

Ed é questa la conclusione che si vuole proporre, sembrando che la flessibilità della *lex fundamentalis ecclesiae*, da una parte superi gli inconvenienti evidenziati nel corso della trattazione —in tal modo rispondendo con più aderenza alla reale struttura dell'ordinamento canonico— dall'altra permetta di conservare all'ordinamento quella elasticità e mutevolezza, pur nella fedeltà al dato rivelato, che appaiono singolari ed imprescindibili caratteristiche del diritto canonico.